



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y
Procesal**

Área de Conocimiento: Derecho Administrativo

ÉTICA Y RESPONSABILIDAD EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Javier Mérida Arjona

Tutor: Prof. Dr. D. Pedro Tomás Nevado Batalla Moreno

Junio 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y
Procesal**

Área de Conocimiento: Derecho Administrativo

ÉTICA Y RESPONSABILIDAD EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

ETHICS AND RESPONSIBILITY IN THE PERFORMANCE OF PUBLIC FUNCTIONS

Nombre del/la estudiante: Javier Mérida Arjona
e-mail del/a estudiante: javiermerida@usal.es

Tutor/a: Prof. Dr. D. Pedro Tomás Nevado Batalla Moreno

RESUMEN (15 líneas)

Unas breves pinceladas nos adentran en lo que históricamente se ha entendido por ética y responsabilidad pública, para posteriormente hacer una aproximación al contexto de la corrupción en España, centrándonos en el Derecho y en el control político como límites.

En el desarrollo de este trabajo se analiza cómo el Derecho trata de normativizar la ética pública, con cambios legales que buscan partidos políticos más transparentes y abiertos al debate interno, administraciones públicas sometidas a mayores controles para garantizar que los procesos internos de toma de decisiones sean neutrales e imparciales, órganos de fiscalización con mayores competencias y dotados de recursos, y la tipificación de nuevos delitos, como el de enriquecimiento ilícito o la responsabilidad civil subsidiaria de las formaciones políticas, entre otras medidas

Finalmente, nos detenemos en los aspectos más relevantes de las últimas reformas legales, cerrando con unas conclusiones basadas en propuestas legislativas de futuro.

PALABRAS CLAVE: Ética, Partidos Políticos, Representantes Públicos y Corrupción

ABSTRACT

A few brief brushstrokes enter into what has historically been understood by ethics and public responsibility, and then make an approximation to the context of corruption in Spain, focusing on law and political control as limits.

In the development of this paper we analyze how the law tries to regulate public ethics, with legal changes that seek political parties more transparent and open to internal debate, public administrations subject to greater controls to ensure that internal processes of decision making are Neutral and impartial bodies, supervisory bodies with greater powers and resources, and the criminalization of new offenses, such as illicit enrichment or civil liability secondary to political formations, among other measures

Finally, we dwell on the most relevant aspects of the latest legal reforms, closing with conclusions based on future legislative proposals.

KEYWORDS: Ethics, Political Parties, Public Representatives and Corruption

ÍNDICE

Introducción y Objetivos -----	1
1. Ética Política -----	4
2. Desafección política e institucional -----	9
3. El Derecho, el control político y la ética como límites -----	14
3.1 Ámbito Judicial. Enriquecimiento Injusto y Responsabilidad Civil Subsidiaria -----	19
3.2 La responsabilidad política. La Teoría de la Agencia -----	21
3.3 La ética en la administración -----	26
3.3.1 Empleado público.	
3.3.2 Altos Cargos de la Administración.	
4. Reformas legales -----	35
Conclusiones y Propuestas -----	38
Bibliografía -----	41

Introducción y Objetivos

Se hace necesario, antes de abordar en su totalidad el fenómeno de la ética y la responsabilidad pública, definir y acotar los términos de lo que vamos a abordar. De la ética política se han ocupado diversos autores en el devenir de los siglos, encontramos así a Platón con la tensión entre el elitismo y el igualitarismo, Aristóteles, con el mejor sistema de gobierno, Santo Tomás, conflictos entre el bien individual y común, Rousseau, con los límites de la representación política o Weber con la responsabilidad de los políticos, entre otros.

A lo largo de las diferentes épocas históricas se ha tratado de marcar la acción política de los implicados en las decisiones de cariz político, pero no siempre con el objeto de perseguir un mayor bienestar en la vida de los ciudadanos o en la búsqueda de respuestas justas. La toma de decisiones en el desempeño de un cargo público está implícitamente relacionada, inevitablemente, con los principios morales vertebradores de la práctica política.

Existen dos vertientes que debemos tener presentes a la hora de hacer un análisis de la ética y la responsabilidad en el desempeño de las tareas públicas, por un lado el aspecto personal, el comportamiento del propio individuo, y por otro los procesos establecidos legalmente para articular esas decisiones.

Tenemos por tanto que definir ética política y justicia en las decisiones. Ambos términos se hacen imprescindibles para acotar y descender a lo relevante de lo que nos ocupa. Podríamos decir que la ética política es el estudio en cuanto a la elección de una serie de principios morales que actúan en la toma de decisiones con trascendencia pública. La palabra ética proviene del latín *ethĭcus*, y este del griego antiguo ἠθικός transliterado como *ēthikós*. Según algunos autores, es correcto diferenciar *êthos*, que significa ‘carácter’, de *ethos*, que significa ‘costumbre’, pues “ética” se entiende de aquel sentido y no de éste¹. Ello nos marca una pauta importante, que es la trascendencia de los actos y decisiones con respecto al código de conducta de lo que

¹ COROMINAS, J. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispano*.

comúnmente entendemos como bueno y malo, no conforme a la costumbre sino al carácter de esas formas de comportamiento.

Fernando Savater, en el primer capítulo de su libro *Ética para Amador* («De qué va la ética»), define la ética como «el arte de vivir, el saber vivir, por lo tanto el arte de discernir lo que nos conviene (lo bueno) y lo que no nos conviene (lo malo)».

Podemos ser más precisos si aludimos a lo que supone una sentencia ética, que es un juicio moral con el resultante de una norma que marca el comportamiento deseable para los integrantes de un colectivo, en este caso para la propia sociedad.

Abordamos ahora la idea de justicia, que va unida directamente con los procesos establecidos para la toma de decisiones. Una de las primeras características que deberá tener el citado proceso será la imparcialidad y la objetividad.

No hay duda a la hora de sostener que para ser imparcial se hace necesario mayor transparencia en los criterios establecidos, no únicamente en su publicidad, a ello habría que añadir que los mismos deberán ser cuantificables y objetivos, abiertos y contrastables por todos los concurrentes. Todo ello dota a los procesos de garantías.

Tampoco debemos olvidar que todo proceso público debe ser equitativo, es decir, que debe tener en cuenta las peculiaridades de cada concurrente en consonancia a los criterios establecidos, siempre dentro de la imparcialidad y la objetividad que anteriormente hemos tratado. Para que esto pueda ser así no puede existir una idea subjetiva preconcebida de los candidatos en un procedimiento de adjudicación de una obra pública, por ejemplo. Es difícil que esto pueda individualizarse y desecharse en una toma de decisión, ya que tenemos una idea modelada de aquel con el que existe un vínculo previo, un marco de preferencias personales que pueden incidir y moldear nuestra decisión. Para ello están pensados los procesos, normativizados y objetivados, que deberán evolucionar a medida que se suscitan problemas en su aplicación.

Qué ocurre si nos encontramos con un procedimiento que no reúne las pautas que podríamos entender como imparciales y objetivas. Incluso podemos ir más allá, supongamos que son claramente injustas, chocando abiertamente con la libertad de concurrencia, igualdad de acceso, transparencia en las determinaciones... Si nos remitimos a Santo Tomás, las leyes contrarias a las del orden natural no obligan en

conciencia, aquí podemos mencionar las normas que son contrarias al bien común o aquellas dictadas desde el egoísmo.

Si lo vemos desde una óptica actual, debemos entender que aquellas pautas observadas y seguidas por los representantes públicos en los procesos de toma de decisiones, deberán ser revisadas en los términos necesarios para cumplir con unos estándares de imparcialidad y objetividad.

Centrándonos en los objetivos de este trabajo, debemos establecer que son por un lado analizar la desafección hacia la función pública por parte de los ciudadanos, y por otro determinar cuáles son los límites que el Derecho, la política y la ética establecen para lograr que la ocupación pública cumpla con su papel de protección del bien común, siendo los ámbitos expuestos los que pueden articular las medidas más óptimas de prevención, seguimiento, detección y ejecución de las consecuencias emanadas de un incumplimiento de los principios vertebradores de la ética pública.

Dentro de la responsabilidad política, se plantea el objetivo de reforzar las garantías en las formas de designación de los candidatos para ocupar una función política en representación de las siglas de su partido, así como los controles que deben de establecerse para la rendición de cuentas en el desempeño de esas tareas.

En lo que respecta a la parte estrictamente judicial, es necesario estudiar la tipificación de dos nuevos delitos, el de enriquecimiento injusto y el de responsabilidad civil subsidiaria, ambos en lo relativo a la corrupción política.

Por último, en lo relativo a la administración, nos centraremos en delimitar la figura del empleado público y del Alto Cargo, así como las normas que les son de aplicación, deteniéndonos en aspectos conjuntos y en aquellos que les son propios, profundizando en las relaciones de confianza política y en su relación con los códigos de buen gobierno, extensivos a todos los miembros de la Administración General del Estado.

1. Ética Política

Antes de comenzar es necesario hacer una distinción entre el “auctoritas” y el “potestas”. En la antigua Roma el “auctoritas” era aquel que ejercía su poder basado en la legitimación popular, era reconocido como tal por su valía y saber, así como por su capacidad moral para emitir argumentos valorados por la colectividad, aunque no tenían fuerza legal. El “potestas” era el cubierto de capacidad por su cargo para liderar y tomar decisiones. Al ser un liderazgo formal se basan en facultades coercitivas para imponer su legitimidad, también a base de prebendas y privilegios. Al no existir una relación real de liderazgo entre éste y sus ciudadanos, su facultad se evapora cuando se extingue o concluye su mandato. Más allá de esto, no tiene el impulso para motivar a los suyos.

En el caso concreto de el “auctoritas”, ejerce su influencia sobre el grupo, al que le unen unos valores éticos, morales y motivacionales. Le mueve el interés general por encima de los miembros de su comunidad. Es un liderazgo basado en la vocación de servicio consustancial a su persona. En este modelo no se necesita de una superioridad jerárquica formal para que sus directrices sean entendidas como una orden que hay que cumplir, ya que los gobernados por sus decisiones comparten el beneficio de la búsqueda del bien común.

Esta distinción nos hace entender que aquellos con verdadera vocación de servicio a la sociedad, donde su prestigio y honor habían sido adquiridos mediante una reputada trayectoria personal, estaban dotados de credibilidad y confianza para ocupar un cargo con garantías de idoneidad.

Algunos autores de la teoría política destacan el honor como uno de los principios a tener en cuenta en la idea de ética política, entendido éste como el prestigio personal de aquellos que ejercen el poder y son reconocidos socialmente por sus buenas obras.

La prudencia es otra de las características de la autoridad pública que actúa con rectitud y bajo unos principios éticos, la misma se manifiesta por el saber, la experiencia y la capacidad de obrar. Decía Aristóteles que “es prudente no aquel que tan sólo posee la norma recta de conducta, sino que también obra asesorado por un principio racional, por lo que considera ser lo mejor... al hombre prudente le corresponde llevar a la obra lo

que es recto”². Es relevante que destaquemos este sentido de la prudencia, ya que la responsabilidad es una de las vertientes de este trabajo, no únicamente unida a la ética, sino también como concepto en si mismo, ya que una mala decisión puede suponer un perjuicio para la sociedad en su conjunto, con independencia de si fue adoptada bajo una perspectiva ética.

La autoridad como concepto es necesaria para entender las cualidades de un gobernante. Se distinguen dos formas de ejercer la misma, para ello es imprescindible diferenciar entre “autoridad” y “despotismo”. Cuando hablamos de la primera de ellas lo hacemos como una forma de gobierno dirigida al interés general, mientras que si abordamos la segunda opción, estamos ante un gobierno absoluto, sin límites legales, lo que entendemos por un poder tiránico. Cuando estamos frente a una “autoridad” sus mandatos se hacen obedecer, su poder es eficaz, mientras que en el caso del “despotismo” sólo logra que se cumplan mediante imposición.

Otro de los principios de la ética política es la honestidad, según Cicerón, no puede ir separada del “*Decorum*”, que era como se conocía en la antigua Roma a los que ejercía la actividad política bajo unos patrones éticos. El “*Decorum*” era la forma correcta, prudente y discreta de actuar, según este autor “lo que es decente es honesto y lo que es honesto es decente. Todo lo decoroso aparece cuando le ha precedido la honestidad”. Y es que, en la Roma clásica, todo aquel que gozaba de esta reputación, por sus comportamiento o sus actuaciones políticas, era considerado buen gestor de los intereses públicos, adquiriendo relevancia social y popularidad. Esto contrasta con datos como el que se aporta en el **anexo 1**, una tabla de resultados donde se mide el nivel de los ciudadanos europeos hacia sus instituciones, gobiernos y partidos políticos. En esta tabla se puede observar que España ocupa el dudoso honor de estar entre los países con mayor desconfianza de los ciudadanos hacia su parlamento, con un 7%, muy alejado de la media europea, ocurre lo mismo en relación a la percepción sobre el gobierno de la nación y los partidos políticos. Estos datos revelan un descrédito de la sociedad a la clase política dirigente, y algo peor, hacia las instituciones, lo que afecta gravemente a la confianza y a cómo de honestas son éstas con respecto a los intereses generales.

² ARISTÓTELES, *Gran ética*, p. 158-159

En palabras de Javier Gomá³, en un mundo desencantado, lo que atrae la confianza de los ciudadanos no es tanto la oportunidad y el acierto del programa electoral que presenta un partido político, sino la personalidad misma del líder, lo que éste es, más que lo que hace. La verdadera diferencia, la *summa divisio rerum* en política, la encontramos en lo que ellos son y en la línea que separa dos estilos contrapuestos, el vulgar y el ejemplar. Este último aquel que ha forjado con su biografía una imagen de ser y vivir fiables.

No es baladí el binomio corrupción y descrédito de la clase política, ambos términos se complementan entre sí, la corrupción es una forma de desacreditar la función pública, las instituciones y quienes las gobiernan, los partidos políticos mediante sus representantes públicos. Pero no menos cierto que el descrédito de la clase política también lleva a corrupción, es un camino que puede recorrerse de forma bidireccional.

Entre las ocupaciones con mayor valoración social no están los políticos, así se desprende de numerosos estudios, que coinciden en situarles entre las actividades peor valoradas no sólo en España, sino también en toda la Unión Europea. Ello debe llevar consigo la siguiente reflexión, si los profesionales mejor preparados no tienen garantías de que dedicándose a la función pública vayan a obtener un reconocimiento y un prestigio social, más bien todo lo contrario, se plantearán si quieren que su futuro vaya ligado a ello. Por tanto este efecto salida es semejante a la Ley de Gresham para la política monetaria, es decir, la moneda de peor calidad expulsa del mercado a la de mayor valor. La política será entonces más atractiva para los que realmente necesitan de ella para alcanzar sus intereses propios que para aquellos que buscan un fin común. Así lo entendió Weber, que puso el énfasis en diferenciar a aquellos representantes que tienen vocación de servicio de los que simplemente encuentran en la función pública una manera útil de vivir de la misma, “*están por un lado los que viven de la política y por otro los que viven para la política*”. Esta diferenciación que hace el citado autor, nos lleva a aseverar que para él los primeros son los que utilizan su posición de poder para un beneficio de promoción y mejora de su situación personal, mientras que los últimos son los que ven en la función pública una forma de cambiar la sociedad

La ética pública es en realidad una ética profesional, al igual que hay disciplinas que responden a una serie de patrones en el ejercicio responsable de su ocupación, mediante

³ GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad Pública*. Taurus, Madrid 2010, p. 267-268

un código deontológico, las tareas públicas también suponen observar un conjunto de mandatos éticos. En este caso podríamos encuadrarla como ética institucional o ética de las instituciones públicas, así lo hace el profesor Jiménez Asencio, que además sostiene que la ética de las instituciones públicas tiene como característica dominante que el impacto directo o indirecto de las decisiones y conductas de las personas con responsabilidades, cargos públicos y funcionarios, índice en la imagen de nuestras instituciones, en su legitimidad y en la confianza que las mismas transmiten a los ciudadanos.

La ética pública supone un complemento del Derecho, es por ello que, en sintonía con las nuevas teorías del buen gobierno corporativo en el ámbito de la ética empresarial, comienzan a nacer los códigos éticos de la función pública, que articulan una serie de valores y principios, combinando normas de conducta con normas de actuación, que marcan la acción de los servidores públicos. Ciertamente son insuficientes, dentro de lo que debe ser un modelo institucional, de gestión y de gobernanza ética. A ello se le une el dominio de una visión jurídica del control de las malas prácticas y conductas, centrando la solución en un único aspecto, el legal y sancionador.

Los códigos éticos o de conducta deben considerarse como una herramienta dentro un modelo más amplio, en este sentido, la OCDE defiende la creación de un marco integral institucional, donde no se contemple como única respuesta la vertiente jurídico-formal, sino un conjunto coordinado de medidas.

Lo primero que debemos tener en cuenta, antes de construir dicho marco general de actuaciones, es la internalización de las normas éticas y de conducta, entendido este proceso como el paso entre la existencia de un conjunto de principios, valores y comportamientos y la creencia firme en los mismos. En lo referente a esta cuestión, la profesora Victoria Camps se manifiesta en los siguientes términos “una norma social internalizada tiene, así, una dimensión emotiva que hace que el individuo sienta orgullo al cumplirla y vergüenza si deja de hacerlo. Pero internalizada significa sentida, no sólo sabida”. Esta afirmación es lo suficientemente clarividente como para reforzar esa idea de prevención, paso previo a la represión, manifestada en los diferentes estadios del ya referido marco integral institucional. Por tanto, los códigos de conducta, éticos, de buenas prácticas y de buen gobierno, no deberían ser otra cosa que la exteriorización de lo que el individuo siente como propio. La propia Adela Cortina también comparte esta

visión educacional del individuo, asegurando que la “confianza no se logra multiplicando los controles, sino reforzando los hábitos y las convicciones”⁴.

Llegados a este punto, debemos marcar la finalidad de estas actuaciones integrales, que no es otra que la lucha contra las malas prácticas y la corrupción, creando un clima ético que permita a los cargos públicos y empleados del Estado vencer los estímulos perversos que se les puedan plantear, previniendo así conductas no deseables.

Los instrumentos clave de un Marco Integral⁵, además de los códigos éticos, son las evaluaciones de riesgo de integridad, la formación ética de los responsables públicos, la gestión de conflictos de intereses e incompatibilidades, investigación y detección de las prácticas antiproductivas, la implementación de mecanismos de difusión, prevención y desarrollo de la cultura ética, el establecimiento de una canal de consultas para resolución de controversias éticas por parte de los empleados, sistema de denuncia o queja sobre corrupción, fraude, abusos o ineficiencias, con protección de los denunciantes, la constitución de un comisionado que vele por el establecimiento de unas garantías del código de conducta, con una composición objetiva, imparcial y equilibrada, así como un sistema de seguimiento y evaluación del modelo en su conjunto y de la percepción del clima ético por parte de los trabajadores de las administraciones públicas.

Este sistema integral institucional ha sido planteado ya en comunidades autónomas como el País Vasco, que lo aprobó en el año 2013. Otros casos son Extremadura, Galicia, Cataluña, Comunidad Valenciana, Aragón y Comunidad de Madrid, así como la Diputación de Guipúzcoa y entidades locales como el Ayuntamiento de Bilbao, el Ayuntamiento de Sant Boi, Sant Cugat del Vallés o Mollet del Vallés, aunque a decir verdad en el plano local son muy reducidos los casos de implantación de este modelo.

⁴ CORTINA, A. *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*. Taurus, Madrid, 1998, p. 218

⁵ VILLORIA MENDIETA, M. IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética pública y buen gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Tecnos. 2015

2. Desafección política e institucional.

La profunda inestabilidad económica vivida por el viejo continente, así como la crisis de identidad y de valores, ha llevado a que en el ámbito comunitario en su conjunto se haya instalado de forma similar a los Estados la desafección a las instituciones y a su papel determinante en la solución a los problemas que se les plantean a los ciudadanos. El desafío económico de los últimos tiempos, junto a las políticas de ajuste y de control del déficit, han llevado a un resurgir de los partidos que abogan por una mayor soberanía de los Estados, poniendo freno a la integración europea. Todo ello se ve reforzado por una falta de percepción por parte de la sociedad europea, de los ciudadanos en su conjunto, de la utilidad de la Unión Europea (UE) y de su papel determinante en la protección de la economía frente a la delincuencia organizada, el fraude fiscal y financiero, el blanqueo de capitales, la corrupción, así como la aportación de una política de estabilidad económica y de bienestar social. Todo ello conjugado con un pesimismo latente propiciado por la crisis económica y las medidas de austeridad presupuestaria.

Hay que hacer referencia a la comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la corrupción de junio de 2011⁶, texto que trata de evaluar los esfuerzos realizados por los países miembros en sus respectivos territorios. El mismo documento recoge el compromiso de la UE de elaborar y evaluar, mediante un informe bianual, la eficacia y la evolución de las medidas que se adopten por parte de las instituciones comunitarias y nacionales. El primer informe vio la luz en el año 2014, que es el que valoramos en este trabajo.

Trata así la UE de definir lo que se entiende por corrupción “cualquier abuso de poder para obtener créditos privados”, valorar las medidas puestas en marcha por los Estados miembros y aportar una serie de reglas con el fin de influir en la capacidad para luchar contra la corrupción. Así el informe citado hace una especial referencia a las cuestiones de mayor importancia en cada Estado, sus buenas prácticas pero también las deficiencias en la lucha contra la falta de ética pública.

⁶ Comisión Europea. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE. Bruselas, 3.2.2014 COM(2014) 38.

Se calcula que la corrupción tiene un coste para la Comunidad Europea de 120.000 millones de euros anuales, muy cerca del presupuesto con el que cuenta la UE. Este dato cobra aún más relevancia si lo conectamos con el contexto político y económico que vivimos, el último de los ingredientes que contribuye al descontento público y a la desconfianza en el sistema político.

Si atendemos a los datos del referido informe, el 76% de los encuestados a nivel europeo creen que la corrupción está muy extendida en su país, porcentaje que se eleva en casos como España (95%), Grecia (99%) e Italia (97%). Tres cuarta partes, un 73%, afirman que el soborno y la utilización de contactos es la manera más sencilla de obtener determinados servicios públicos, porcentaje que también se ve aumentado para casos concretos como los de Grecia, Chipre o Eslovaquia.

Los ciudadanos europeos también observan una falta de transparencia y supervisión en la financiación de sus formaciones políticas, un 67%, para España en concreto un 87%. Pero más importante aún es la valoración acerca de los esfuerzos que el Gobierno de sus respectivos países realiza para atajar la corrupción política, el 77% no está de acuerdo con las políticas llevadas a cabo por las autoridades como la forma más eficaz de luchar contra ella.

La propia UE centra sus recomendaciones en una dimensión política, priorizando las políticas de lucha contra la corrupción, la responsabilidad política, la responsabilidad por corrupción de los cargos electos y la financiación de los partidos políticos. El propio informe recoge además una vertiente de control y prevención, con medidas como declaración del patrimonio y normativa de conflicto de intereses. La represión es otro de los bloques, enfocado en el Derecho penal, en los servicios policiales, fiscales y judiciales. A lo que debemos unir mayor protección a los denunciantes e implementar las medidas de control y transparencia a los grupos de presión.

Finalmente, el citado informe de 2014 de la Comisión reserva un epígrafe completo a la contratación pública, una de las principales causas de corrupción pública. En lo referente a esto hay tener en cuenta que los entes públicos gastan cada año una quinta parte del PIB de la UE en las adquisición de bienes, obras y servicios. Es por ello que la UE aboga por una correcta aplicación de las normas de contratación pública, así como reformas legislativas en este sentido, por mayor publicidad y transparencia en los

procesos, por el apoyo a la contratación electrónica y por el establecimiento de mecanismos de control más eficaces.

El propio Eurobarómetro de 2013 recoge que tres de cada diez empresas de la UE que participaron un proceso de contratación pública consideran que la corrupción les impidió ganar el contrato, porcentaje que aumenta en sectores como las construcción y la ingeniería. Otro dato de interés para el campo que nos ocupa es que más de la mitad de las empresas de la UE señala que la corrupción en la administración nacional está muy extendida, un 56%, porcentaje que asciende a un 60% si hablamos de la regional o local.

En definitiva, no se puede obviar, a la luz de los datos señalados, que los ciudadanos europeos tienen un sentimiento de desafección y de descrédito hacia sus instituciones, que se traduce en una percepción negativa hacia sus dirigentes en lo relativo al propósito real de luchar contra la corrupción y buscar soluciones eficaces a la misma. Esto se convierte en un caldo de cultivo muy peligroso para la estabilidad política y económica de un país, y que puede tener como resultado último la baja calidad de nuestras democracias occidentales, así como el surgimiento de grupos políticos con visiones rupturistas, de enfrentamiento y extremistas, como ya han venido apareciendo en la UE.

Si descendemos al caso español, no podemos obviar que en los últimos años se han instruido casos de corrupción de gran repercusión mediática y social, algunos de ellos han implicado a personas de relevancia e incluso a la propia familia real, lo que ha contribuido sobremanera a crear una sensación aún mayor por parte de la ciudadanía de impunidad política, como consecuencia de la ausencia de ética pública y falta de control.

Si observamos los datos del CIS⁷ de Abril de 2017, sobre las preocupaciones de los españoles, anexo 2, nos encontramos con el paro en primera posición seguido por la corrupción y el fraude. Si hacemos una comparativa de la serie histórica, en el año 2004 únicamente entre el 0,4% y el 1,5% de los encuestados destacaba éste último como uno de los problemas del país. En lo que llevamos de 2017, hemos pasado del 33,8% en enero al 54,3% en mayo de 2017. Estos datos vienen por tanto a confirmar no sólo la

⁷ Serie histórica sobre las principales preocupaciones de los ciudadanos españoles
http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

percepción de los ciudadanos de cómo está el país, sino también la opinión sobre la gestión de la clase política dirigente, con el desprestigio que conlleva para la gestión de los intereses públicos. Dicha percepción se complementa con la preocupación por el paro, el primero de los problemas que detectan los españoles, y todo ello genera una idea de descrédito y desvalor hacia la clase política.

Los ciudadanos no quieren tener únicamente políticos honrados, necesitan tener constancia de su utilidad, de su eficacia a la hora de solventar sus problemas, y para ello la sociedad debe percibirles como necesarios para el buen funcionamiento de la administración pública. Si tenemos en cuenta el índice de percepción de la corrupción, elaborado por la Organización para la Transparencia Internacional⁸, España se coloca en la posición 41 de un total de 176 países, siendo Dinamarca la que ocupa la primera posición como la nación más transparente. Países de nuestro entorno como Alemania se sitúa en 10º lugar, Francia en el 23º o Portugal en el 29º. Ello nos permite hacer una comparativa, de la que se desprende que nuestro país tiene un largo camino por delante en lo que a ética política y responsabilidad pública se refiere.

Si nos detenemos en el anexo 3⁹, sobre la percepción de la corrupción en la instituciones, los ciudadanos mantienen un alto porcentaje en lo que respecta a la presidencia del Gobierno, los miembros del parlamento, concejales, funcionarios públicos... En definitiva, a las instituciones y a los dirigentes públicos. Pero lo verdaderamente grave es que el 53% de los Españoles, según Transparencia Internacional, opinan que el Gobierno no está llevando a cabo medidas eficaces para que exista una verdadera regeneración política, y esto se eleva hasta el 80% si se pregunta concretamente por si la situación en este sentido está mejorando. Es decir, que la sociedad no sólo desconfía en la voluntad del ejecutivo, sino que además piensa mayoritariamente que no hay un avance en la lucha contra la corrupción.

Nos detenemos en el anexo 4¹⁰, donde podemos analizar una serie histórica desde 1985 sobre tres variables, satisfacción con la democracia, con una caída muy significativa en el 2007, superior a un 60% a un 20% en 2015. Pero este dato cobra aún mayor importancia si vemos el relativo a la percepción sobre la corrupción pública, que ha

⁸ Índice de percepción de la corrupción (IPC) <http://transparencia.org.es/ipc-2016/>

⁹ Transparencia Internacional España. Barómetro global sobre corrupción 2016.

¹⁰ CHRISTMANN, P. Y TORCAL, M. “La corrupción política determina la baja satisfacción con el funcionamiento de la democracia en España”. *West European Politics*. Abril 2017

pasado de suponer un porcentaje incluso por debajo del 2% en algunos años de la serie a superar el 40% en 2015, sin olvidarnos de la pérdida de confianza en el parlamento, que se ha desplomado desde el 60% en 2001 a estar por debajo del 10% entre 2011 y 2014.

En lo relativo al anexo 5¹¹, y centrándonos en la situación económica, podemos observar que las tres variables tienen una tendencia de constante caída desde el año 2006 hasta el 2015, lo que nos dibuja un escenario social de mala situación política, con apatía hacia la clase dirigente, unido a una situación de grave inestabilidad económica en las familiar, pérdida de bienestar y de riqueza, así como un empeoramiento de la democracia desde el punto de vista de los ciudadanos.

Si tenemos en cuenta los datos del CGPJ, en España se han procesado o abierto juicio oral a 1378 personas, todos ellos responsables públicos, llegando a las 166 causas entre Julio de 2015 y septiembre de 2016. Según datos del propio Consejo General de los citados procedimientos entre las fechas señaladas el 72,7% conllevaron condena para alguno de los procesados, siendo 399 personas las condenadas por corrupción. Es relevante hacer mención al dónde se localiza principalmente la corrupción, y no hay duda de que las administraciones locales son las más afectadas. Así, por Comunidades Autónomas, Cataluña, con 303, alcanzó el doble de procesados entre el periodo analizado que Andalucía (153) o Madrid (145). Los delitos más habituales son los de cohecho, prevaricación y malversación.

Si la comparativa se hace entre Estado, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, las condenas por delitos asociados con la corrupción en función del nivel de la administración a la que pertenecen los funcionarios o cargos públicos implicados sería la siguiente: 48,5% a nivel local, 27% administración general del Estado y 24,4% Comunidades Autónomas. Son datos para el periodo 2011 – 2014, y representan un porcentaje sobre el total de sentencias¹².

El propio informe de la Fundación ¿Hay derecho? destaca que en los casos de corrupción relativos a contratación, se concentran en un mayor número en las administraciones locales autonómicas. Destacan este dato como relevante, ya que apuntan a que existen controles más estrictos en esta modalidad en el ámbito Estatal.

¹¹ CHRISTMANN, P. Y TORCAL, M. “La corrupción política determina la baja satisfacción con el funcionamiento de la democracia en España”. *West European Politics*. Abril 2017

¹² Datos extraídos de la publicación sobre corrupción elaborada por la Fundación ¿Hay derecho?

Si nos detenemos en la temática, los casos de corrupción por urbanismo se focalizan en ayuntamientos y comunidades autónomas, también los de contratación y selección de personal así como los relacionados con subvenciones. En el plano estatal se concentran los casos ligados a la hacienda pública o los relacionados con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, como bienes decomisados o aquellas acciones relacionadas con el tráfico de drogas.

Podemos aseverar, después de estos datos, que el principal problema que nos encontramos es la corrupción relativa a la contratación pública, siendo la entidad local donde se aglutinan buena parte de los casos. Para solucionar los mismos hay que revisar los mecanismos establecidos para la toma de decisiones, así como reforzar los controles, que pueden ser internos o externos.

El ámbito externo es aquel que se ejercita por un órgano autónomo o una entidad superior. Dentro del ámbito interno hay dos líneas de actuación, los relativos a la prevención, mediante cambios en los procedimientos, así como mayor control durante los procesos y con posterioridad a la resolución de los mismos. No únicamente se trata de que dichas decisiones respeten la legalidad, sino que sean adoptadas bajo unos patrones de transparencia, concurrencia competitiva, igualdad de oportunidades y objetividad.

3. El Derecho, el control político y la ética como límites.

Nos centramos en la administración local por ser en el que se producen más casos de corrupción relacionada con la actividad pública. Es necesario reforzar la intervención, en las áreas financiera y contable, así como la dotación de recursos para el desarrollo de su labor.

La gestión del urbanismo en las últimas décadas fue la que más casos generó de corrupción política, posiblemente debido a la falta de separación entre los organismos gestores y los mecanismos de supervisores, lo que produce parcialidad, con la correspondiente falta de criterios objetivos y legales.

Mayor transparencia en la gestión administrativa, control sobre la fragmentación de contratos, para obviar los concursos, acrecentar y robustecer los mecanismos de supervisión ajenos a los licitantes, así como potenciar la vigilancia de ampliaciones y cambios en las partidas presupuestarias.

Si atendemos a los procedimientos que se desarrollan en las entidades locales, podemos entender buena parte de los datos estadísticos vistos anteriormente en cuestiones de corrupción. Así la selección de personal eventual, de confianza y de programas provenientes de diversos fondos, principalmente europeos, han otorgado margen suficiente a los ayuntamientos para poder articular sus propios mecanismos de contratación, algo que comienza a estar más supervisado mediante las bolsas de empleo que se han constituido en muchos municipios.

En el plano de la contratación de obra y servicios, ha sido muy habitual que las entidades locales adjudicasen contratos de manera no objetiva, mediante el tan conocido fraccionamiento, pero también mediante maniobras como modificaciones al alza, abusos en los procedimientos negociados, así como los no menos importantes contratos menores. Algo que nos debe llamar la atención es que en España los ayuntamientos de entidades menores, con baja población, no les sea de obligación la tramitación de expediente alguno para un contrato de obras que no sea superior a 50.000 euros más IVA.

Pero no únicamente la selección de personal o los contratos de obras y servicios, las subvenciones es otro de los aspectos que escapan al control en muchas ocasiones, sobre todo en relación al empleo de las mismas para los fines que han sido dotadas. Para ello es importante la figura de los interventores, a los que habría que otorgar más independencia y fortalecer sus decisiones, así como dotarles de recursos y reconocimiento, ya que ocupan un papel clave en la supervisión de los ayuntamientos. En este sentido deberían ser vinculantes las recomendaciones que los interventores desarrollan en sus actas e informes, que no es así actualmente, salvo las suspensivas, que deben ser revisadas y debatirse por el pleno. Las que son desestimadas únicamente forman parte de la documentación que con posterioridad podrá revisar el Tribunal de Cuentas, pero que a priori no es un impedimento para ejecutarse aquello que el equipo municipal tenga planteado. Por tanto, el llevar un informe con reparo del interventor al

pleno para su aprobación es una cuestión de criterio del propio alcalde, nada lo impide como tal.

También debería asegurarse una mayor autonomía, no únicamente en la toma de decisiones, incluso desligar totalmente la relación laboral que los interventores puedan tener con el alcalde, siendo sometidos a un superior jerárquico de una administración superior.

El aspecto urbanístico ha sido otro de los grandes ejes de la corrupción en la administración local, los ayuntamientos tenían muy fácil acceso a ingresos muy sustanciosos mediante recalificaciones de terreno, hay datos que hablan de que serían de entre un 30 y un 40% los ingresos ordinarios por esta vía. Los delitos más comunes en este aspecto es el cohecho y la prevaricación, principalmente.

Entendemos por cohecho el soborno a una autoridad pública o funcionario público, con el objetivo de que acepte u omita una acción que va inherente a su cargo. La prevaricación, en cambio, es cuando un responsable público dicta una resolución a sabiendas de que la misma es injusta y contraria a la legalidad. Nuestro código penal establece su artículo 404 lo que entiende nuestra norma punitiva como prevaricación, así como la sanción prevista, *“inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del sufragio pasivo por el tiempo de nueve a quince años”*.

Para evitar comportamientos no éticos en las dos tipologías de delitos anteriormente citados, es necesario no únicamente reevaluar los criterios adoptados en las diferentes fases de la toma de decisiones, también hay que introducir mecanismos de control y supervisión, interna y externa, debemos marcar pautas tales algunas de las que se analizan a continuación.

Plena transparencia en todas las fases de los contratos y concursos públicos, así como en las propuestas de las empresas que concurren. Evaluaciones externas y un peso decisivo de los criterios técnicos de adjudicación. Las decisiones deben ser lo más informadas posible, así como tomadas por órganos colegiados que incorporen a profesionales no vinculados a las empresas concurrentes ni al ámbito geográfico donde operen o tengan su domicilio las mismas, y que sean llamados a formar parte en la fase final de dichos procesos cuando aleatoriamente corresponda, sin una configuración previa, más allá de los miembros natos que por su posición deban pertenecer a la mesa de contratación. En

definitiva, un cuerpo de funcionarios que operen con una doble lectura en los procesos de adjudicación. Ello rompe con el monopolio de las decisiones¹³, no únicamente por cuestiones de equilibrios electorales y políticos, también porque eliminamos presiones de funcionarios que trabajan directamente en los municipios, con una dependencia de las autoridades del mismo.

Se hace obligado el hecho de reducir al máximo la discrecionalidad en los procesos, es decir, hay que eliminar cualquier laguna que puede dar lugar a dejar la autonomía suficiente como para introducir por parte del que toma las decisiones un elemento personal o de preferencia subjetiva.

Si a todo lo anterior unimos la rendición de cuentas, la obligación de informar y ser transparentes con los ciudadanos, con los responsables políticos y con los órganos independientes de fiscalización y control, así como una mayor independencia judicial, se logrará una reducción de los casos relacionados con la corrupción.

Se hace necesario dotar de mayor potestad del cuerpo de funcionarios y técnicos de la administración. Hay que profesionalizar la toma de decisiones con patrones objetivos y comportamientos imparciales. Aquellas resoluciones que no cumplan con lo dispuesto por la norma reguladora deberá suspenderse su ejecución por parte de la interventor correspondiente, a los que hay que dotar de autonomía: Estamos ante el típico ejemplo de un sobrecoste de obra con respecto al contrato licitado, o la deficiencia de las mencionada obra en el momento de la recepción de la misma, suspendiéndose el pago final.

Ya en Junio de 2007 la Fundación Alternativa planteó en el Congreso de los Diputados un informe sobre “*Urbanismo y Democracia. Alternativas para evitar la corrupción*”, en el citado documento establece recomendaciones para tratar de atajar este problema. Algunas de las soluciones que se planteaban en aquel momento eran:

- Tutela de municipal por parte de las Comunidades Autónomas en estos asuntos.
- La modificación del modelo territorial y urbanístico.
- La demolición de edificaciones ilegales.
- La creación de una agencia estatal de supervisión urbanística.

¹³ Fórmula de la corrupción ideada por el autor Robert Klitgaard, reconocido por sus estudios sobre esta temática. $C = M + D - A$, Corrupción = Monopolio + Discrecionalidad – Rendición de Cuentas.

- La protección del suelo, impidiendo su recalificación.
- La modificación de la ley de régimen local para dotar a los secretarios de ayuntamientos de poder fiscalizador.
- Mayor rigurosidad en el registro de la propiedad.

Recomendaciones que fueron introducidas con posterioridad en las normas sucesivas en esta materia, como el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos Textos Refundidos, y en base a la anterior, finalmente, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que es la vigente en la actualidad.

Esta nueva norma que regula la nueva perspectiva del urbanismo en España, asume una *filosofía más sostenible del uso del suelo*, así lo sostiene el profesor Dionisio Fernández¹⁴. El propio preliminar de la ley asume y establece el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible.

Nos centramos ahora en los ingresos de las entidades locales tales como tasas, contribuciones especiales, impuestos, subvenciones, precios públicos, tributos propios... La ley reguladora de haciendas locales 2/2004, de 5 de marzo, asienta sus bases en los principios de autonomía y suficiencia. Para ello deben respetarse el principio de legalidad, sólo podrán fijarse aquellos tributos que no sean exclusivos del Estado y que la propia ley permita. Todo ello bajo los patrones del sistema de tributación español, igualdad, progresividad y nunca con fin confiscatorio. Estas fuentes de ingreso han dado lugar a delitos muy comunes entre los casos de corrupción del ámbito geográfico que nos ocupa, la malversación de caudales públicos, por ejemplo.

Para luchar contra esta lacra, habría por un lado que proteger a los funcionarios que dieran a conocer estas prácticas, existe una amenaza que sobrevuela a los empleados públicos, que es las represalias en su entorno laboral por parte de los superiores, algo

¹⁴ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, DIONISIO, el nuevo urbanismo Sostenible (pag 234-236) Ars Iuris Salmanticensis, vol. 4, junio 2016, eISSN: 2340-5155

que imposibilita que muchas posibles irregularidades salgan a la luz. Hay que establecer cauces que garanticen la confidencialidad de los denunciantes, que posibilite poner de manifiesto situaciones irregulares sin afectar a la vida personal y laboral de los que deciden poner en conocimiento hechos no lícitos.

En los últimos tiempos se ha hablado de tipificar los delitos de enriquecimiento injustificado y de responsabilidad civil subsidiaria de los partidos políticos. El primero de ellos trata de dar un sentido a todos aquellos casos en los que no hay razones justificadas que expliquen el abultado patrimonio adquirido por un funcionario o empleado público en un periodo determinado de tiempo.

3.1 Ámbito Judicial. Enriquecimiento Injusto y Responsabilidad Civil Subsidiaria.

La corrupción no se centra únicamente en las administraciones, los partidos políticos son una parte importante del problema de la falta de ética pública, centrada en el clientelismo y en las ventajas de la financiación.

Estamos ante un enriquecimiento ilícito cuando no es posible justificar una abultada ganancia patrimonial en relación a los ingresos ordinarios. Lo que muchos defensores de la tipificación penal de este comportamiento defienden es la inversión de la carga material de prueba en el acusado, que debería justificar esos ingresos como forma de evitar la responsabilidad penal, algo que habría que conjugar con el artículo 24.2 de la Constitución, donde se consagra la presunción de inocencia.

La responsabilidad civil subsidiaria lo que busca es que se asuma por parte de los implicados y de sus propias organizaciones la responsabilidad de devolver al erario público lo que de él se ha sustraído en beneficio propio. Las organizaciones políticas, a las cuales pertenecen los imputados, deben asumir como propia la carga por la “*culpa in vigilando*” o “*in eligendo*” de sus representantes público. Además, se debe reforzar por ley que las organizaciones políticas impulsen procedimientos internos de control de aquellos que ocupan un cargo público bajo las siglas de la formación.

En la actualidad existe la culpa “in eligendo” para aquellos casos que se producen en el mundo empresarial, determinándose la responsabilidad de empresario en el ámbito de los actos cometidos por un empleado en el desarrollo de sus actividades laborales. Ello viene recogido por el Código Civil en su artículo 1903. Este concepto, que debería tener también su correlación en el aspecto político, trataría en tal caso de imputar al partido político la infracción del deber de cuidado reprochable al mismo por la elección de sus cargo públicos para conformar una lista electoral, por ejemplo, o la libre designación de un cargo público u orgánico, y en la falta de supervisión y control de los actos llevados a término en el uso de esas atribuciones conferidas.

Al igual que ocurre para la culpa prevista en el 1903 del CC, se deberán establecer unos presupuestos mínimos que den lugar a la atribución de responsabilidades por parte de la formación política, será la norma reguladora la que deberá especificar y delimitar en su articulado y el desarrollo posterior esa relación existente. Si hacemos una comparativa entre el ámbito privado de las relaciones laborales, empleado y empresario, trasladándola al ámbito público, partido político y sus responsables públicos, haciendo una analogía entre ambas realidades, es entonces obligado detenerse en la sentencia del Tribunal Supremo¹⁵, sala primera de lo civil de 1 de junio de 2010, rec. 1028/2007 – EDJ 2010/83220 - donde se dice que se imputa la “Culpa in vigilando” a la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada por otro. Podemos matizar más si atendemos a la sentencia de 17 de marzo de 2009 – EDJ 2009/32140, donde se cita la del 30 de diciembre de 1992 – EDJ 1992/12922, “existe nexo de unión entre dos personas caracterizado por la existencia en una de ellas de facultades para impartir órdenes e instrucciones a la otra”. No cabe ni la menor duda de que en los partidos políticos existen órdenes claras en cuanto a la tendencia del voto en los parlamentos, ya sean autonómicos o las cámaras nacionales, por ejemplo, también en ayuntamientos y otros entes públicos. Dicha disciplina, que incluso llega a prever sanciones en el caso de incumplirse, nos ratifica que en la actualidad existe ya esa relación de subordinación a la estructura del partido. Por tanto, ante esto, no puede negarse que debería existir en plano normativo una responsabilidad civil subsidiaria para cuestiones de corrupción política.

¹⁵ MAGRO SERVET, V. “Responsabilidad por culpa in vigilando”. *Revista de Jurisprudencia*. Nº 2, el 21 de noviembre de 2013.

Tal y como anteriormente exponía, será la ley la que deba establecer los requisitos para dar lugar a la determinación de dicha relación y sus correspondientes efectos vía judicial, pero continuando con la analogía de las sentencias citadas, debe darse una relación de dependencia entre el autor del daño y la entidad a la que depende, también un nexo causal entre la actuación generadora del daño y la omisión de la obligación de control del superior jerárquico. La presunción de culpa sólo desaparece con la prueba de superior jerárquico demostrando que se adoptaron los controles y la vigilancia oportuna para evitar el daño. Finalmente, hay que estar al caso concreto para delimitar qué tipo de control puede y debe exigirse a los partidos políticos para que no derive responsabilidad por conducta omisiva.

Por tanto, a las organizaciones políticas hay que pedirles prudencia, diligencia y atención, como fórmula para bloquear desde el comienzo las conductas no éticas en el uso de atribuciones públicas, que son adquiridas en su mayoría gracias a la confianza depositada por las estructuras políticas en sus sujetos activos.

3.2 Responsabilidad política. Teoría de la Agencia

Cuando existe una falta de diligencia en el desempeño de las funciones públicas no únicamente existen consecuencias judiciales, también deben supervisarse los procedimientos establecidos y examinar las responsabilidades políticas.

Es por tanto importante abordar ambas realidades, la jurídico-legal y la político-social, ya que como vimos en el apartado anterior la ley puede verse reforzada en determinados aspectos, pero también en lo referente a los eslabones de la cadena de responsabilidad y delegación, tal y como sostiene la teoría de la agencia. Ésta teoría trata de prevenir situaciones de falta de ética o de diligencia por parte de los representantes públicos, así como individualizar y detectar en qué lugar de esa cadena se ha producido el incorrección.

La teoría de la agencia analiza las relaciones que surgen en los diferentes niveles entre el actor principal y el agente. Partimos de la idea de que el principal tiene una relación directa de mandato sobre el agente, que tiene potestad de decidir si quiere que continúe

con su responsabilidad o por el contrario le revoca dicho mandato. En el aspecto político se traduce en una delegación de poder, de responsabilidad, por tanto el agente debe responde frente al principal de aquellas tareas que le ocupan y de las órdenes o directrices que le fuesen establecidas por el principal. Existe responsabilidad política cuando el agente responde exclusivamente ante el principal, y éste tiene poder sobre aquel.

Para que se deriven responsabilidades políticas debe existir una relación directa entre el principal y el agente, es decir, en aquellos casos en los que fuera indirecta, pongamos el ejemplo de que dos actores de una determinada situación en la que ambos dependan del electorado, sin que exista una relación de subordinación del uno al otro, en esos casos, al ser una relación de la que se deriva una responsabilidad indirecta será el poder judicial quien intervengan, investido de autoridad por el pueblo para el control de los casos de vulneración de las normas. Así es en todos los países democráticos en los que existe una separación de poderes.

En el caso de los regímenes presidenciales, donde el presidente y el congreso son agentes del electorado, que serían el principal en esta teoría de la agencia, la propia constitución prevé, por mandato soberano de los ciudadanos, el control del Presidente por el Congreso en tanto en cuanto éste es el representante del principal en el seguimiento de la acción de gobierno.

El esquema que siguen los procesos de decisión en las democracias actuales se asienta en una cadena de delegación, como punto inicial tenemos a los votantes, los electores, en definitiva los ciudadanos, siendo el último eslabón los funcionarios, que ejecutan las políticas públicas. Las delegaciones que se hacen de un peldaño a otro consisten en la designación y autorización para que otros actúen en su nombre. Esto se justifica porque la democracia de masas con potestades de forma directa por parte de los ciudadanos no resulta práctica. Según el profesor Manuel Sánchez de Dios, nuestro sistema se asienta en un principio representativo que trata de eliminar tres problemas: de capacidad, de competencia y de acción colectiva.

Los ciudadanos de forma colectiva no pueden lograr alcanzar acuerdos y ejecutarlos, en este sentido se enfoca la cuestión de la capacidad. En relación a la competencia, hay que preguntarse si la sociedad en su conjunto tiene los conocimientos y las aptitudes que se requieren para tomar decisiones. Por último la acción colectiva, que representa la

dificultad que entraña el lograr un consenso que aglutine todas las preferencias individuales de forma agregada.

Por tanto, ante la ineficiente gobernabilidad colectiva, nace la idea de la representatividad mediante las llamada cadena de delegación. La propia cadena, Según Kaare Strom, comienza con el voto de los ciudadanos mediante el cual eligen al poder legislativo, el parlamento. En este momento el principal, los electores, trasladan al agente la potestad representativa, con la correspondiente fiscalización de las acciones que desarrollen desde ese instante.

Nos detenemos en este primer paso para destacar que son los ciudadanos los que deben pedir explicaciones a sus políticos con respecto a la falta de ética y responsabilidad pública, ¿cómo?, mediante su voto en los procesos electorales. Es en ese instante donde pueden premiar o penalizar al agente por las consecuencias de su gestión. Los propios partidos políticos, plataformas mediante las cuales concurren a estos procesos los que aspiran a ser representante públicos, adquieren un papel fundamental en este sentido. Se hace necesario que se creen mecanismos internos de supervisión de los candidatos, una evaluación de los concurrentes por parte de los órganos internos del partido, con el objetivo de conocer su trayectoria profesional y sus capacidades de gestión.

Pero no únicamente es importante en la fase de candidato el seguimiento, también durante el ejercicio del cargo. Hoy en día no hay por parte de los órganos de dirección de las formaciones políticas una fiscalización de la labor de sus agentes, aquellos que durante un determinado periodo han administrado responsabilidades públicas bajo sus siglas. Por todo ello, deberían deslindarse ambas facetas de la vida política, por un lado las ocupaciones públicas y por otro las del propio partido, las internas, las orgánicas, de esa forma se dotaría de mayor transparencia y de un poder real de control de la estructura del partido hacia sus responsables públicos, teniendo la potestad de aprobar o suspender la gestión llevada a cabo con una cierta periodicidad. No puede ser que el evaluado y quien evalúa sea la misma persona, es decir, que quien desde el partido político pide explicaciones al Alcalde, por ejemplo, sea el mismo que quien las tiene que dar, o en todo caso dependiente de él.

Para que pueda darse este escenario es imprescindible mayor democracia interna, más participación de simpatizantes y militantes, así como más procesos de participación y consulta en la vida de estas formaciones.

Adela Cortina, en los tres modelos de democracia que distingue, asegura que para que exista una democracia comunicativa, abierta y participativa, donde los ciudadanos formen parte de las decisiones y sean actores, es necesario conseguir una mejor representación, y alude al establecimiento de listas abiertas, que permitan a los ciudadanos elegir a quien deseen, reduciendo así la fuerza de los aparatos de las formaciones políticas. También aboga por eliminar las prácticas internas de los partidos de establecer argumentarios, a los que se acogen militantes y simpatizantes, excluyendo todo tipo de pensamiento libre y sin condicionamientos. La propia Cortina defiende la penalización de aquellos partidos políticos que no cumplan con lo prometido en sus programas electorales, como una forma más de control de los ciudadanos a los representantes públicos.

El siguiente eslabón de la citada cadena es el que se produce entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, es decir, el gobierno, más concretamente el jefe del gobierno. Así el parlamento sería el principal y el presidente del gobierno el agente. Esta situación puede ser semejante a la del presidente de una comunidad autónoma y el parlamento de la misma, o entre el Alcalde y el pleno municipal.

Es necesario que el poder legislativo, del que nace el ejecutivo en las democracias parlamentarias, sea el centro de la vida política. El peso de las Cortes Generales, de los Parlamentos territoriales y de los plenos municipales, es decisivo en la lucha contra la corrupción, son el control a la acción de gobierno. Éstos órganos colegiados tienen a su alcance instrumentos para vigilar, bloquear o enmendar las decisiones tomadas por el agente, el gobierno, así mecanismos para removerlo de su puesto o limitar su autoridad: comisiones de investigación, preguntas en la sesiones plenarias, moción de censura... Todo ello sirve de contrapeso al poder político del ejecutivo, que no debe tener una libertad absoluta en su acción de gobierno.

Un tercer eslabón es el que se establece entre el jefe del gobierno y su propio gabinete ministerial, los presidentes de comunidad autónoma de sus consejeros y los alcaldes de sus concejales con delegación.

Por último, la delegación que se produce por parte de ministros, consejeros y concejales a los funcionarios y departamentos de administración, que son los encargados de ejecutar finalmente las decisiones.

El problema que más habitual en la teoría de la agencia es la falta de información entre el agente y el principal, lo que da lugar a selección adversa y a riesgo moral, términos también empleados en economía para las cuestiones de información asimétrica.

Si atendemos a la selección adversa, lo que se trata de identificar con esta expresión es la falta de toda la información necesaria a la hora de elegir al agente. En muchas ocasiones el principal no puede saber todo aquello que le es útil para determinar su posición, existe información incompleta que se traduce en la mala o equivocada elección del agente. En el caso del primer eslabón, es muy difícil que los votantes puedan saber cuáles son aquellos candidatos que velarán por los intereses generales, los instrumentos para enmendar esa elección son también muy limitados.

Ahora bien, en el caso de las delegaciones posteriores en la teoría del agente, podemos tener un margen mucho más abierto a la hora de contar con medidas que faciliten a posteriori combatir la continuidad de responsables públicos no éticos. Existen mecanismos políticos y jurídicos, nos detenemos en los primeros.

Ha sido muy debatido en los últimos tiempos en España, debido a los numerosos casos de corrupción que son actualmente objeto de procedimiento judicial, cuál es el momento en el que los partidos políticos deben apartar a dichos dirigentes de sus responsabilidades en la formación. Dos son los tiempos procesales en discordia, la imputación, ahora investigado, o la apertura de juicio oral.

Hay que tener en cuenta lo que entiende la doctrina en cuanto a las características de las figuras en cada uno de esos dos momentos, ello nos ayudará a buscar un equilibrio entre ser garantistas y crear indefensión. El imputado es la persona sometida a una investigación dentro del marco de comisión de un delito, siendo una fase de instrucción, donde la acusación de unos hechos no es formal, no tiene una consistencia para ser calificada como determinante. Es necesaria la práctica de diligencias que den solidez a la causa. No es entendible por tanto que se asuman responsabilidades políticas en un estado tan incipiente.

En el caso de los procedimientos ordinarios existe la figura del encausado, entra en juego una vez terminada la instrucción, y adopta un matiz que es clave para determinar la responsabilidad pública, ya que en este instante se imputa formalmente al investigado

de la participación en la comisión del delito. Aquí es donde una parte de la clase política pide que se prescinda de los dirigentes afectados.

Aquellos que defienden que sea la apertura de juicio oral el momento elegido para asumir responsabilidades, esgrimen que es ahí donde se produce la acusación formal. El investigado, después encausado, pasa a ser definitivamente acusado. Hay una diferencia entre el procedimiento ordinario y el abreviado, en este último no se recoge el procesamiento, la jurisprudencia entiende que la imputación formal que antes veíamos corresponde al procesamiento, siendo en el auto de apertura de juicio oral donde se produce esa nueva condición.

Todo lo anterior nos lleva a establecer dos criterios en función del tipo de procedimiento, en el juicio ordinario cuando se encausa o en el abreviado en el momento de dictarse auto de apertura de juicio oral, a lo que hay que añadir la casuística que se produce si descendemos a los casos concretos, donde existen herramientas judiciales como las medidas cautelares o la prisión provisional, por ejemplo.

Una vez expuestos ambos pareceres, resulta razonable afirmar que, los momentos y matices son importante, debiéndose descartar que se asuman responsabilidades políticas en la parte de investigación y afianzando éstas en el instante de ser encausado (procedimiento ordinario) o habiéndose dictado auto de apertura oral con la correspondiente acusación hacia el responsable concreto (procedimiento abreviado). No es ni ético ni estético para ninguna formación mantener y apoyar en sus cargos de responsabilidad a aquellos que tienen una causa abierta, ello desacredita la función pública y la vocación de servicio adherida a ella.

3.3 La ética en la administración.

A lo largo de este trabajo hemos aludido al ámbito jurídico y al político, pero es imprescindible analizar el plano de la administración, a la que no debemos exigir únicamente unos procedimientos y actuaciones éticas, tal y como apunta el profesor

Nevado-Batalla¹⁶, sino una calidad en el servicio al ciudadano, con criterios tales como la accesibilidad, la flexibilidad, la evaluación periódica, la solvencia y la capacidad profesional, la motivación de los empleados públicos, la proximidad y la confianza. Todo ello constituye la responsabilidad en el desarrollo de tareas que dignifican la función pública, la dotan de credibilidad y de valoración social, fortaleciendo nuestras instituciones y consolidando la democracia.

La Administración goza, según el profesor Nevado-Batalla¹⁷, de una serie de privilegios o prerrogativas en el uso de sus atribuciones, un estatus que tiene un sometimiento a los principios constitucionales y administrativos, delimitando sus potestades, sujetas a la ley y al Derecho. Este contexto alcanza a las autoridades y al personal a su servicio, ya que en el ejercicio de sus facultades pueden hacer uso de las citadas atribuciones de la Administración Pública, es por ello que surge de forma homóloga los contrapesos a ese estatus, y como garantía de legalidad se establece la responsabilidad personal de las autoridades y funcionarios, como forma de salvaguardar el respeto a los mandatos legales, siendo lo contrario causa de perjuicios y sanciones para los que no cumplan con el deber que conlleva ser un agente público.

Debemos hacer mención en este punto a la profesora Victoria Camps, experta en ética pública, ella misma marco unas directrices con el fin de confeccionar un código ético para la función pública, en la que conviene que diferenciamos por un lado aquellos que son trabajadores públicos y que se rigen por el Estatuto Básico del Empleado Público, por otro a los responsables políticos y altos cargos de la administración.

La diferenciación anterior, puesta de manifiesto por el profesor Antonio Descalzo¹⁸, se asienta en la doctrina del Tribunal Constitucional, siendo la función constitucional del Gobierno distinta a la que ocupa la Administración. La ley transparencia, acceso a la información y buen gobierno (LTBG) y la ley reguladora del ejercicio del alto cargo en

¹⁶ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. “Calidad de los servicios”, Revista de Estudios Socio-Jurídicos, N° 1, 2003b, p. 19-32

¹⁷ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T., “Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”. *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p. 46.

¹⁸ DESCALZO GONZÁLEZ, A. “El buen gobierno de los altos cargos”. *La Administración al día*. Instituto Nacional de Administración Pública. 2017.

la Administración General del Estado (LRAC) no pretenden tanto ordenar la actuación de los miembros del Gobierno dentro de sus funciones ejecutivas, sino más bien establecer un código de buen gobierno en el ejercicio de las responsabilidades como órgano de la administración, sometidos por tanto al Derecho administrativo en el ejercicio de potestades administrativas. Entenderíamos por tanto que, para los órganos superiores, al ser los ministros los titulares de los departamentos en los que se inserta la actividad administrativa, también responderían ante los mismos códigos de buen gobierno de la LTBG y la LRAC, así lo establece el artículo 55.10 de la ley de régimen jurídico del sector público (LRJSP).

Fuera de este contexto, y así lo defiende la doctrina, quedan el Presidente del Gobierno y los Presidentes de las Comunidades Autónomas, ya que no forman parte de la Administración General del Estado. Son en definitiva los miembros del Gobierno los que se integran automáticamente dentro de la Administración, respondiendo por sus actos y decisiones conforme a los patrones éticos y de conducta de la LTBG y la LRAC.

No se debe olvidar un matiz importante pese a lo anteriormente expuesto, y es que los altos cargos ocupan dichas responsabilidades por la relación de confianza política, que se deposita en quien se designa para un cargo. En este sentido, al margen de la citada relación, no hubo anteriormente un estatuto común de los derechos y deberes de altos cargos, su nombramiento y cese es un motivo estrictamente de confianza.

Los nombramientos y ceses, con sus cualidades características propias de la función política, es el rasgo más palpable para deslindar por un lado los altos cargos, con funciones de dirección política de la organización, con los profesionales encargados de las tareas de ejecución, los empleados públicos de la Administración. Éstos acceden mediante los principios de mérito y capacidad, consagrados en nuestra Constitución, mientras que aquellos tienen una doble naturaleza, los que reciben la confianza de los ciudadanos de forma originaria en un proceso electoral, y los que por el contrario son depositarios de dicha voluntad de forma derivada, por ejemplo: alcaldes (art 140 CE), los miembros del Gobierno autonómico (art 152 CE), los miembros del Gobierno (art 99 y 100 CE). En estos casos son los respectivos representantes originarios de la soberanía popular los que eligen a quienes confían la potestad ejecutiva.

El profesor Descalzo González también desarrolla la idea de la libre destitución en los cargos de confianza frente a la separación disciplinaria del código de buen gobierno

para los empleados público. Esta novedad está recogida en las leyes anteriormente citadas, la LTBG y la ley LRAC, han querido dar respuesta a la crisis de confianza en nuestra instituciones, basadas ambas en los casos numerosos de corrupción y mala gestión en los últimos tiempos, dando cobertura no a las dos formas de demandar ejemplaridad a los altos cargos. Se trata por tanto de romper con esa concepción de responder únicamente ante la autoridad que te ha nombrado, se impone una nueva forma de asumir las responsabilidades más allá de las correspondientes en el plano político, las que surgen del Derecho disciplinario.

Por tanto, un alto cargo que vulnere los principios éticos y morales en el desarrollo de sus funciones, siendo removido de su cargo por razones de confianza, también deberá asumir las cargas disciplinarias previstas en el articulado de la LTBG y en la LRAC por la falta de observancia de las reglas de buen gobierno y el incumplimiento del código de comportamiento.

La propia LTBG incluye además un régimen sancionador para los casos de conflicto de intereses, para ello remite a la LRAC, concerniente a los miembros del Gobierno y Altos Cargos en las diferentes administraciones.

Pasamos a continuación a analizar brevemente algunos rasgos de interés de los empleados públicos en contraposición con los Altos cargos.

3.3.1 Empleado Público.

Los funcionarios son servidores del interés general, en sus manos está el buen funcionamiento de la administración y la ejecución de las normas que nos amparan a todos. En el desarrollo de dichas funciones tiene acceso a información privilegiada, la posibilidad de obtener sobornos o comisiones, recibir regalos... En definitiva, puede darse el escenario de hacer uso de sus atribuciones para buscar un fin personal. Por ello cobran sentido los artículos 52, 53 y 54 sobre principios éticos y de conducta del real decreto legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del estatuto básico del empleado público.

La norma reguladora de los empleados públicos, a la que hacemos mención, establece una serie de principios inspiradores que sustancian buena parte de los deberes de los trabajadores de la administración. Algunos de los que se enumera son la objetividad, neutralidad imparcialidad, confidencialidad y honradez, entre otros. Todos ellos constituyen la esencia del régimen disciplinario, que tiene como cúspide el respeto a la Constitución y a las leyes que emanan de ella, en definitiva, obediencia al ordenamiento jurídico.

Los servidores públicos tienen que perseguir que su trabajo y decisiones se asienten en la imparcialidad, la transparencia y la neutralidad, buscando siempre el interés general. Ello nos lleva a que el trato a los ciudadanos debe ser en igualdad, quedando al margen las relaciones de favor encaminadas a favorecer los intereses privados. En todo caso, se abstendrán en aquellos casos en los que su participación suponga un conflicto de intereses con respecto a las obligaciones de su puesto público.

Los empleados de la administración también deben procurar por una adecuada utilización de los bienes públicos, transmitir a los ciudadanos la obligación de un debido cuidado de los mismos, así como la penalización social de fraude en el uso de los mismos. Es necesario por tanto que los propios trabajadores públicos sean diligentes en el cuidado de los citados bienes, no únicamente en el desempeño de sus funciones, también hacia los ciudadanos.

La ley también establece que no son aceptables los tratos de favor o ventajas injustificadas a particulares o entidades. No pudiéndose influir en la agilización o resolución de ningún procedimiento abierto, cuando además pueda conllevar un beneficio para el mismo trabajador de la administración o para su entorno. Su conducta no puede verse condicionada por intereses particulares o presiones políticas, sino que debe salvaguardar su racionalidad burocrática, así lo entendía Weber, que definía al empleado público como “funcional y objetivo, despojado de toda subjetividad en sus tareas”

Por último, dentro de los principios éticos que enumera la ley, se hace mención expresa a la discreción que deberán mantener todos aquellos que tengan acceso a materias clasificadas como secretas o de difusión prohibida. Se busca que no se use la misma en beneficio propio, de un tercero o en deterioro del interés público.

Es importante hacer alusión a los principios de conducta, que también ocupan un importante aspecto en cuanto a la calidad y la imagen del servicio que prestan los funcionarios de la administración a los ciudadanos. En este plano nos encontramos con cuestiones tales como la obediencia a las instrucciones de los superiores, la diligencia y el cumplimiento de las tareas asignadas dentro de su puesto de trabajo o la actualización de su formación y cualificación. Todo ello redunda en una mejor atención a los ciudadanos y ayuda a que las instituciones gocen de mayor respaldo y credibilidad por parte de la sociedad.

3.3.2 Altos Cargos de la Administración.

Nos centramos ahora en los cargos públicos y en los altos mandos de la Administración General del Estado. El acotar la responsabilidad profesional, dentro de un engranaje donde muchas personas ejercen su trabajo, lleva a que fácilmente nazcan aquellos que se inhiben y rehúsan del deber que les corresponde. La profesora Victoria Camps asegura que “el buen profesional debe dar cuenta del ejercicio de su profesión no sólo ante sí mismo, también ante la sociedad”. Es por ello imprescindible que dentro de la administración se individualicen ciertas responsabilidades, que permitan identificar al que debe responder del resultado de las mismas.

La lealtad a la administración por parte de un empleado público debe entenderse como la contraprestación que el funcionario tiene en forma de servicio ético y fiel, rechazando aquellos comportamientos que puedan dañarla.

En un epígrafe posterior analizaremos las reformas legales más recientes en el plano de la ética y la responsabilidad pública, pero es necesario que antes hagamos mención de Código ético para el buen gobierno que el propio parlamento español debatió en el año 2005¹⁹. El mismo buscaba fortalecer valores de responsabilidad, transparencia y limpieza en el ejercicio del poder, en este caso para los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado.

¹⁹ Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se publica el acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros de ejecutivo y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

Son característicos, entre otros, por el tema que nos ocupa, principios tales como el de dedicación exclusiva, la transparencia informativa, la prohibición de recibir regalos y el hacer público el registro de actividades y bienes e intereses patrimoniales de los altos cargos.

Ciertamente este Código es insuficiente, siendo más una declaración de buenas intenciones y de medidas de bajo alcance que una ley integral contra las malas prácticas y la corrupción. No podemos tampoco abstraernos del periodo histórico, los índices de percepción de la corrupción por parte de los ciudadanos o el estado de la economía en ese momento, todo ello contribuyó a que la presión social en estas cuestiones no fuera tan palpable, siendo los principales problemas de la sociedad de aquella época el paro o el terrorismo.

Gregorio Peces-Barba, en su trabajo sobre la ética pública y privada, analizó de forma muy esquemática aquellos aspectos que influyen en los Altos Cargos, es importante que nos hagamos eco de ellos en este trabajo, ya que aportan una visión mucho más completa de lo que serían los límites del Derecho, nos encontramos así con otros elementos tales como los siguientes:

- Limitación del poder: el propio autor reconoce que el poder está sometido al Derecho. Nuestro Estado Constitucional es un Estado de Derecho. A ello hay que añadir que el poder también responde ante los derechos individuales, civiles y políticos, que son los que protegen la autonomía individual y la participación social y política de los individuos.
- Organización del poder: hay una separación funcional y otra territorial de poderes, algo que garantiza, en cierto modo, que exista una pluralidad de posicionamientos y de pareceres, siendo la mejor forma de buscar un consenso que se aleje de decisiones unilaterales o ventajosas para una parte y no para la mayoría.

A ello ayuda también el sistema parlamentario, que es representativo de las diferentes sensibilidades que pueden existir en la sociedad, colocando en el centro de la vida pública del país el diálogo y el intercambio de propuestas.

Es necesario que a todo lo anterior se le adhiera una independencia del poder judicial, que es el encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad, consagrado por la separación de poderes, y que constituye una verdadera clave de bóveda del Estado de derecho. No puede ejercerse una lucha eficaz contra la corrupción y la falta de ética de los responsables públicos sin esta premisa, que asienta la idea de justicia,

El propio Montesquieu afirmaba lo siguiente: “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del ejecutivo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; tanto como que el juez sea el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza como opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar leyes, el de ejecutar la resoluciones públicas y el de juzgar los delitos entre particulares”.²⁰

Debemos añadir que la neutralidad de la administración es otro de los pilares de la ética pública para el profesor Gregorio Peces-Barba, a lo que se unen los mandatos de nuestra norma vertebradora, preservados por el tribunal Constitucional.

- Promoción a través del poder: Es importante destacar el acceso al poder como un aspecto más de la democratización, que se traduce en una mayor permeabilidad, con la entrada de representantes de diferentes capas sociales, ideológicas, económicas y culturales. Ese pluralismo se convierte en una forma de control, de reivindicación y de oposición, que impide que una determinado conjunto entienda el poder y el uso de las funciones públicas con carácter privativo, o que el ejercicio de las mismas se desvirtúe.
- Funcionamiento del poder: el análisis se centra en dos conceptos principales, el de las mayorías y el de la negociación. El primero de ellos es final, ya que fija las decisiones, mientras que el segundo es medial, trata de buscar un consenso

²⁰ Montesquieu, “El espíritu de las leyes”, XI, VI, 5-6

para determinar el interés de la mayoría. Ambos pueden sufrir desviaciones, patologías que el propio autor denomina de la autoridad.

Si son desde el principio de las mayorías, la patología de la autoridad se manifiesta en un valor excesivo hacia dicha mayoría, lo que les lleva a argumentar que esa mayoría fija la validez del acuerdo y también de su justicia. Por otro lado los que están frente al principio de las mayorías, que se oponen a lo anterior basándose en una concepción del bien, de la filosofía, considerando que existen cuestiones indiscutibles y sobre las que no se puede transigir. Incluso llegan a pensar, dada la falta de distinción de la ética pública de la privada, que las instituciones, como el parlamento, puedan tener competencia para debatir esos temas.

En el principio de la negociación, la desviación de la autonomía supone llevar hasta el extremo la negociación, esta patología reduce el espacio de la ley y desconoce el principio de mayorías. Se niegan las normas que emanan de la mayoría y se pretende crear un entorno exclusivo, lo que favorece el aislacionismo y se traduce en el único procedimiento de toma de decisiones.

Estas patologías son incompatibles, afirma el profesor Peces-Barba, con una sociedad democrática, no pudiendo formar parte de la ética pública incorporada al derecho.

En definitiva, además de las normas legales que afectan a este tipo de cargos públicos, como la reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, nos encontramos ante una serie de factores que influyen también en el control de la acción de gobierno y de la gestión de las instituciones. Concluimos por tanto que no son importantes únicamente los límites legales, la organización del poder, su funcionamiento y la promoción dentro del mismo también actúan como reguladores y fiscalizadores.

4. Reformas legales

Vamos a dedicar este punto a exponer brevemente las principales reformas legales acometidas en nuestro país en los tres ejes marcados anteriormente: en el plano judicial, político y de la administración.

Es palpable que ha habido una evolución en cuanto a la necesidad de una legislación más amplia y extensa en relación a las conductas de los actos cargos, reformas normativas que han ido dirigidas a establecer mayores controles y penas más severas. Así nace la ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, sin duda marcada por el contexto de crisis económica, pérdida de confianza de los ciudadanos en los partidos políticos y numerosas causas de corrupción abiertas, algunas de ellas de indudable calado mediático en el ámbito internacional.

Otras leyes objeto de este estudio son la Ley Orgánica de control de la actividad económica y financiera de los partidos políticos, 3/2015 de 30 de marzo, la ley orgánica del tribunal de cuentas, 2/1982, de 12 de mayo, modificada por la mencionada con anterioridad, la ley de contratos del sector público, refundida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, o la que regula el ejercicio de las funciones políticas.

La ley sobre las actividades económicas de los partidos políticos regula las aportaciones y donaciones de personas físicas, se establece límites a la donaciones jurídicas (artículo 5), y también se regulan los acuerdos sobre las condiciones de deuda con entidades de crédito, siendo éstos supervisados por el Banco de España y el Tribunal de Cuentas. Se prohíbe la condonación de deudas, tanto totales como parciales.

La citada ley modifica el título IV de obligaciones contables y de gestión económico-financiera de los partidos políticos, se citan los principios contables generales, así como el cauce establecido para la presentación de las cuentas ante el órgano competente, el Tribunal de Cuentas, que deberá tenerlas en su poder debidamente formalizadas el 30 de junio de cada año siguiente al que aquellas se refieran.

Se determina quien es el responsable de la gestión económico-financiera por parte de la formación política, en caso de tener que responder ante los órganos de control. Se

matiza en la propia ley las características que debe reunir aquel que asuma dicha tarea, así como las prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio de la misma.

El artículo 16 también fue reformado, el mismo trata del control externo, que corresponde en exclusiva al Tribunal de Cuentas, sin perjuicios de los propios de las Comunidades Autónomas. Se fiscalizan los partidos políticos que perciban subvenciones públicas, siempre que estén contenidas en el artículo 3 de la ley, el resto de formaciones estarán a los dispuesto por el propio Tribunal. Además, estos controles son obligados igualmente para las actividades económico-financieras recogidas en las cuentas contables.

Se introduce el 16 bis, el control parlamentario. La comisión mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas podrá solicitar la comparecencia de los responsables de la gestión económica y financiera de cualquier partido político, esto es así mientras perciban subvenciones como las contempladas en la LO 5/1985 sobre el Régimen electoral general, informándose sobre las infracciones o prácticas irregulares que puedan habers observado por el órgano fiscalizador.

Se produce una modificación del artículo 17, referente a las infracciones, y del 17 bis, relativo a las sanciones, así como del procedimiento para llevar acabo la imposición de las misas, artículo 18.

La propia ley describe en su disposición adicional séptima lo que se entiende por fundación o entidad vinculada a una formación política, objeto de modificación por la ley que nos ocupa. A la que se han añadido la adicional decimotercera, que asienta los principios sobre la contratación de los partidos, y la decimosexta, que recoge la obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas la cifra máxima de presupuesto establecido como gasto electoral.

La LO 6/2002, de 27 de junio, sobre Partidos Políticos, también ha sufrido modificaciones, destacamos aquellos que son de mayor interés para el caso que nos ocupa, como el artículo 8, que regula los derechos y deberes de los afiliados, los artículos 9 bis y 9.3, que hace una relación pormenorizada de las causas de prevención y suspensión de un partido político, sobre todo en cuestiones relacionadas con la violencia o el terrorismo. Finalmente se ha modificado el artículo 10.1, que habla de la suspensión

y disolución por vía judicial, y se ha incorporado el 12 bis, sobre la declaración judicial de extinción.

La LO 2/1982, de 12 de Mayo, del Tribunal de Cuentas, se vio modificada en preceptos tales como el artículo 9.1, entre otros, que versa sobre la función de fiscalización del Tribunal de cuentas, estableciéndose los principios de legalidad, eficiencia, economía y transparencia, así como sostenibilidad medioambiental e igualdad en todas sus actividades. Además se modifica la redacción del 21, donde se establece los integrantes, el quórum y las funciones del pleno. Son objeto de cambios los artículos 3 y 7, este último sobre las personas físicas y jurídicas: instituciones, organismos y entidades obligadas a colaborar con el Tribunal de Cuentas en el acceso a documentos, datos, informes, movimientos de cuentas, saldos, registro de operaciones...

Es importante la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con la incorporación del apartado tercero del artículo 9, por el cual se designan a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo como los que deben conocer los procedimientos del citado anteriormente 12 bis de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, que tratan de la declaración judicial de extinción de una formación política. Se introduce además un nuevo artículo, el 127 quinquies, capítulo V, del Título V, sobre la regulación del mencionado procedimiento.

Es imprescindible abordar ahora las reformas acometidas en el Código Penal, donde se ha creado un título nuevo, el XIII bis “de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, hay que destacar los artículos 304 bis y 304 ter contienen dos tipos penales, el de financiación ilegal privada y el específico de asociación ilícita con fines de financiación política.

Artículos del 252 al 254 del CP, donde se tipifica la malversación de fondos públicos como administración desleal, a ello se le unen un conjunto de comportamientos que tienen como finalidad la desviación y sustracción con el correspondiente perjuicio para el patrimonio público.

Las penas de inhabilitación se incrementan, para empleo o cargo público en el caso de prevaricación (artículo 404 CP) de 7 a 10 años, cohecho (artículo 419 CP) de 7 -12 años

a 9-12 años, y tráfico de influencias (artículo 428 CP) de 3-6años a 5-9 años. También se amplían los plazos para la prescripción en delitos concretos.

En lo que respecta a la nueva Ley 3/2015, de 30 de Marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, hay que poner de relieve novedades tales como la incorporación de una evaluación de la idoneidad como requisito para poder hacer un nombramiento de las características que regula la norma. Son requisitos indispensables la honorabilidad, el mérito y la capacidad. El candidato deberá también presentar una declaración responsable para la oficina de conflicto de intereses.

Además, la propia ley referida incorpora un procedimiento de alerta para la detección de conflicto de interés, dependiente de la citada oficina. Se refuerzan las limitaciones ya existentes en relación a la participación en sociedades, así como aquellas actividades con fines económicos en el ámbito privado tras el cese.

Se ha dotado a la oficina de conflictos de interés de nuevas competencias y elevado su rango administrativo, se concretan las funciones de la misma y su colaboración con otros organismos.

Otra novedad a destacar de esta ley es el procedimiento de evaluación de la situación patrimonial del cargo una vez cesado, haciéndose un estudio de la situación del mismo entre su nombramiento y el cese, con el fin de detectar irregularidades.

Conclusiones y Propuestas

Antes de proceder a exponer las propuestas planteadas, es obligado hacer referencia a las conclusiones alcanzadas tras la reflexión que hemos realizado sobre la ética pública.

En primer lugar, es importante la parte subjetiva del individuo, es decir, su modo de entender el servicio público en base a unos principios éticos fundamentales que deben regir sus comportamientos. Esta concepción del responsable público es un aspecto preventivo, previo a ocupar su cargo.

En segundo lugar, tan importante como la visión del individuo educado en una serie de valores de ejemplaridad, es el orden externo a él, los límites reguladores de las

conductas que chocan abiertamente contra el interés común. En este trabajo han sido agrupados en las siguientes perspectivas: judicial, política y ética, con un conjunto de acciones en cada una de ellas, dando cumplimiento así a uno de los objetivos marcados al inicio, el de reforzar las garantías y los controles en los diferentes escenarios que hemos abordado, como en lo relativo a la forma de designación de los cargos públicos, la tipificación de nuevos delitos o el desarrollo de sistemas integrales institucionales.

Además, objeto de este trabajo también han sido las reformas legales más recientes, referentes a la responsabilidad de las funciones públicas, adentrándonos en las principales novedades de la normativa nacional, así como en las medidas planteadas por la Comisión Europea en su informe sobre la corrupción, donde hemos abordado la desafección de la sociedad europea y de los ciudadanos españoles en particular hacia sus instituciones y representantes públicos.

Finalmente, podemos concluir que pese a los avances que se han producido todavía existen medidas que conviene tomar en consideración, en particular para el caso concreto de la corrupción, que es tan solo una vertiente de las muchas que son dignas de estudio dentro de la responsabilidad pública.

Se han citado numerosas medidas para combatir la corrupción a lo largo de estas páginas, hacemos énfasis en este apartado de propuestas de aquellas que conviene implementar y otras que sería deseable incorporar, entre ellas las expresadas por el Consejo de Europa para España, dentro del grupo GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción), así como las planteadas por la organización de transparencia internacional.

- Reforzar la transparencia y el control sobre la financiación de las administraciones locales.
- Eliminación de la designación de los secretarios, interventores y tesoreros de los ayuntamientos y entidades menores, siendo mediante procesos de contratación que aseguren la publicidad, el mérito y la capacidad. Esta es la mejor manera de evitar que sean elegidos por aquellos a los que deben controlar.
- El cumplimiento por parte de la instituciones de publicidad de sus contratos. Se incumplen sistemáticamente la publicación de las licitaciones en la plataforma de contratación del sector público, según lo estableció la ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado. Esta centralización permite concurrencia competitiva, mayor publicidad y más garantías.

- Impedir el uso de fundaciones y asociaciones políticas como vía paralela de financiación de los partidos políticos. También los donativos de empresas o entidades cercanas. Es obligado una fiscalización interna y externa eficaz de los partidos y entidades afines.
- Ampliar el art. 384 bis LECRIM con el objetivo de que el Juez de instrucción, tras la imputación, pueda suspender en su cargo u oficio al político supuestamente corrupto. Asimismo es necesario reformar la LOREG e instaurar la prohibición de que ningún imputado por la autoridad judicial forme parte de las listas electorales.
- Respetar y ejecutar los dictámenes que emite el Tribunal de Cuentas sobre la consolidación de las cuentas de las formaciones políticas, así como dotarlo de una mayor agilidad y eficacia en su labor.
- Despolitizar los órganos de control.
- Regulación de los lobbies.
- Reducir los aforamientos, así como limitar las características del mismo a cuestiones vinculadas expresamente con el ejercicio de la actividad política.
- Disminución de los cargos de libre designación, así como acotar las responsabilidades de los mismos y las características formativas del perfil requerido.
- Tipificar el delito por enriquecimiento injusto, así como la responsabilidad civil subsidiaria de las formaciones políticas.
- El aprendizaje por parte de los ciudadanos de valores éticos se hace imprescindible en las diferentes etapas del proceso educativo, ello busca consolidar una sociedad cada vez más responsable con los bienes comunes.

Éstas son algunas de las recomendaciones para afrontar con determinación y solvencia la corrupción, que desacredita la función pública y daña la imagen de nuestras instituciones, siendo un peligro para la democracia, para la convivencia y para el estado de bienestar.

Albert Einstein: *“Dar ejemplo no es la principal manera de influir sobre los demás, es la única manera”.*

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Gran ética*, p. 158-159

CHRISTMANN, P. Y TORCAL, M. “La corrupción política determina la baja satisfacción con el funcionamiento de la democracia en España”. *West European Politics*. Abril 2017

COROMINAS, J. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispano*

CORTINA, A. *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*. Taurus, Madrid, 1998, p. 218

CORTINA, A. *¿Para qué sirve realmente la ética?*. Editorial Paidós. Barcelona. 2013

Comisión Europea. *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE*. Bruselas, 3.2.2014 COM(2014) 38.

DESCALZO GONZÁLEZ, A. “El buen gobierno de los altos cargos”. *La Administración al día*. Instituto Nacional de Administración Pública. 2017.

FUNDACIÓN ALTERNATIVA “Urbanismo y Democracia. Alternativas para evitar la corrupción”.

GOMÁ LANZÓN, J. *Ejemplaridad Pública*. Taurus, Madrid 2010, p. 267-268

JIMÉNEZ ASENSIO, R. “Marcos de integridad institucional y códigos de conducta: encuadre conceptual y algunas prácticas” *La Administración al día*. 2017.

MAGRO SERVET, V. “Responsabilidad por culpa in vigilando”. *Revista de Jurisprudencia*. N° 2, el 21 de noviembre de 2013.

Montesquieu, “El espíritu de las leyes”, XI, VI, 5-6

NEVADO-BATALLA MORENO, P.T., “Responsabilidad de los servidores públicos: rendimiento como garantía a la legalidad de la actuación pública”. *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p. 46.

NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. “Calidad de los servicios”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, N° 1, 2003b, p. 19-32

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Ética pública, ética privada*. *Anuario de filosofía del derecho*, 1996-1997, N°14, p. 531-544.

QUERALT, J. J. “reflexiones marginales sobre la corrupción” *Revista Crítica Penal y Poder* 2012, N° 2, (pp. 232).

SÁNCHEZ DE DIOS, M. *Nueva perspectiva de la responsabilidad política: La teoría de la Agencia*. *Revista de las Cortes Generales*, N°67 de 2006, p 139-181.

VICENTE GIMENO, S. *Corrupción y propuestas de reforma*. *Diario La Ley*, núm, 2012.

VILLORIA MENDIETA, M. IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética pública y buen gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio publico*. Tecnos. 2015.

ANEXO 1: Nivel de Confianza de los ciudadanos europeos hacia las instituciones nacionales.

Tabla 1.
Confianza en las
instituciones
nacionales de los
países de la UE en
2008 y 2013

	National Parliament 2013	ΔTrust Parliament since 2008	National Govern. 2013	ΔTrust Govern. since 2008	Political Parties 2013	ΔTrust Political Parties since 2008
Eu Average	29%	-7%	29%	-8%	19%	-3%
Central & East. Europe	17%	-3%	22%	-4%	13%	1%
Bulgaria	12%	4%	16%	0%	5%	8%
Croatia	16%	-4%	19%	0%	9%	-2%
Czech Republic	11%	-5%	13%	-7%	10%	-2%
Estonia	31%	-7%	36%	-14%	17%	-4%
Hungary	29%	13%	31%	13%	20%	12%
Latvia	15%	6%	21%	4%	9%	3%
Lithuania	13%	2%	27%	10%	14%	4%
Poland	13%	0%	14%	-5%	10%	3%
Romania	17%	-2%	28%	3%	14%	0%
Slovakia	29%	-12%	29%	-19%	19%	3%
Slovenia	6%	-29%	11%	-25%	5%	-13%
Northern Europe	63%	-7%	48%	-13%	38%	-4%
Denmark	59%	-17%	35%	-26%	36%	-19%
Finland	60%	-9%	51%	-16%	37%	2%
Sweden	69%	4%	58%	2%	40%	5%
Southern Europe	19%	-19%	19%	-16%	14%	-8%
Cyprus	10%	-23%	13%	-22%	12%	-15%
Greece	10%	-22%	10%	-14%	4%	-10%
Italy	12%	-15%	11%	-14%	7%	-9%
Malta	62%	6%	61%	11%	50%	17%
Portugal	12%	-26%	10%	-21%	9%	-8%
Spain	7%	-32%	8%	-37%	5%	-25%
Western Europe	39%	-5%	37%	-5%	25%	-3%
Austria	53%	-2%	50%	0%	37%	-1%
Belgium	48%	9%	45%	10%	34%	10%
France	24%	-11%	23%	-8%	11%	-2%
Germany	44%	7%	41%	2%	24%	4%
Ireland	19%	-16%	11%	-14%	13%	-10%
Luxembourg	50%	-7%	61%	-1%	35%	-5%
Netherlands	48%	-16%	43%	-25%	33%	-18%
United Kingdom	24%	-3%	23%	-5%	15%	0%

Fuente: European Research Centre for Anti-Corruption and State Building (ERCAS) and the Hertie School of Governance (2015): Public Integrity and Trust in Europe. Datos procedentes del Euro barómetro 79.1 de 2013 sobre Corrupción. <https://www.government.nl/documents/reports/2016/01/18/public-integrity-and-trust-in-europe>

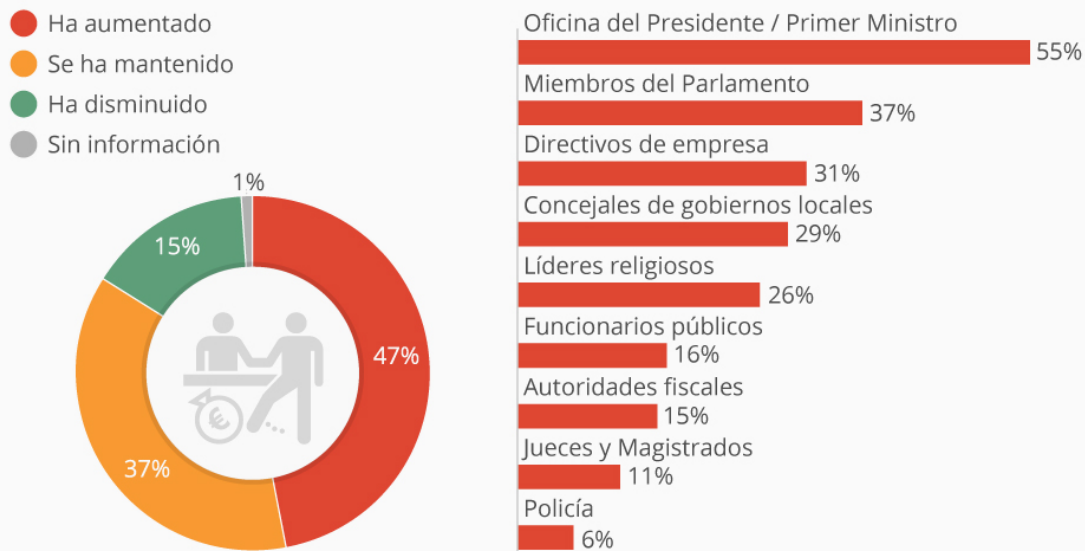
ANEXO 2: Los principales problemas de España según los ciudadanos. Fuente: CIS Estudio N° 3173. Barómetro de abril 2017.

El paro	69,6
Las drogas	0,4
La inseguridad ciudadana	3,7
Las infraestructuras	0,1
La sanidad	12,6
La vivienda	1,8
Los problemas de índole económica	21,2
Los problemas relacionados con la calidad del empleo	6,7
La corrupción y el fraude	42,0
Las pensiones	4,5
Los/as políticos/as en general, los partidos y la política	20,9
Las guerras en general	0,1
La Administración de Justicia	3,1
Los problemas de índole social	10,1
El racismo	0,2
La inmigración	4,0
La violencia contra la mujer	2,8
Los problemas relacionados con la juventud	2,5
La crisis de valores	2,4
La educación	10,4
Los problemas medioambientales	0,7
El Gobierno y partidos o políticos/as concretos/as	3,0
El funcionamiento de los servicios públicos	0,3
Los nacionalismos	0,7
Los problemas relacionados con la mujer	0,1
El terrorismo internacional	2,0
Las preocupaciones y situaciones personales	0,1
Estatutos de autonomía	0,4
Reforma Laboral	0,1
"Los recortes"	1,9
Los bancos	0,4
La subida del IVA	1,6
Los desahucios	0,6
El fraude fiscal	0,4
La Monarquía	0,1
Subida de tarifas energéticas	0,2
Refugiados/as	0,0
Independencia de Cataluña	1,5
La falta de acuerdos. Situación política. Inestabilidad política	2,2
Emigración	0,4
Problemas relacionados con autónomos/as	0,5
Falta de inversión en Industrias e I+D	0,4
Otras respuestas	6,0
Ninguno	0,2
N.S.	1,4
N.C.	0,2
(N)	(2.492)

ANEXO 3

Percepción de la corrupción en las instituciones

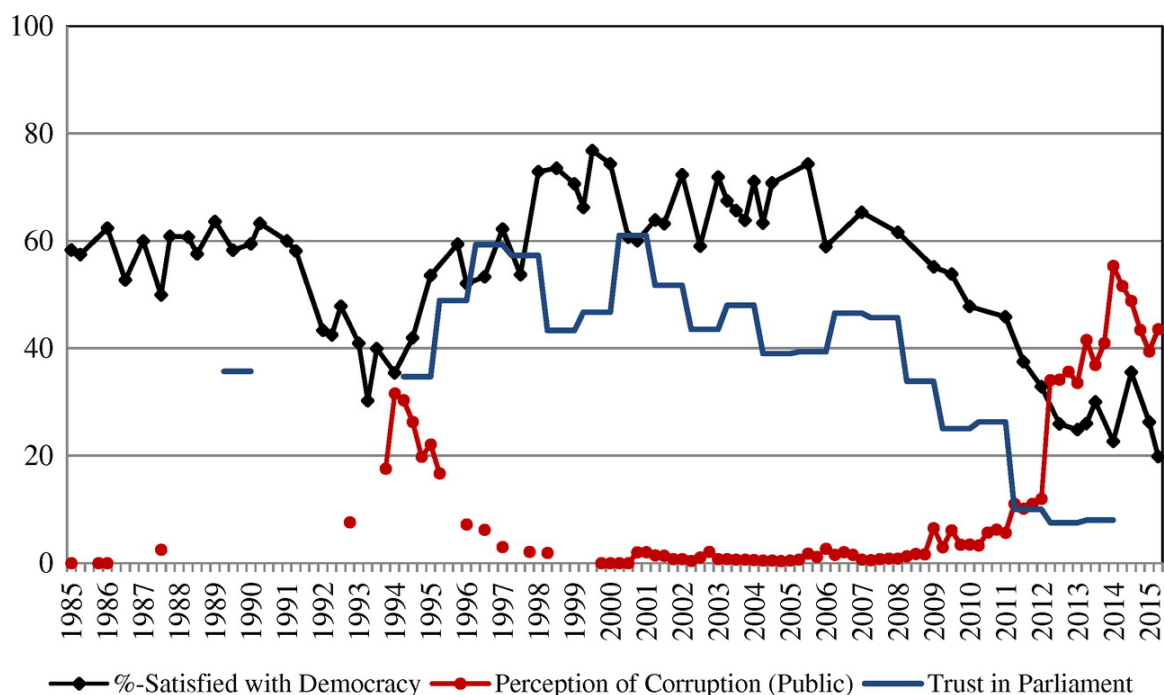
Opinión sobre el nivel de la corrupción en España y en sus instituciones



Entrevistas realizadas a 1.000 españoles mayores de edad entre el 18.11.2015 y el 23.05.2016
Fuente: Transparencia Internacional

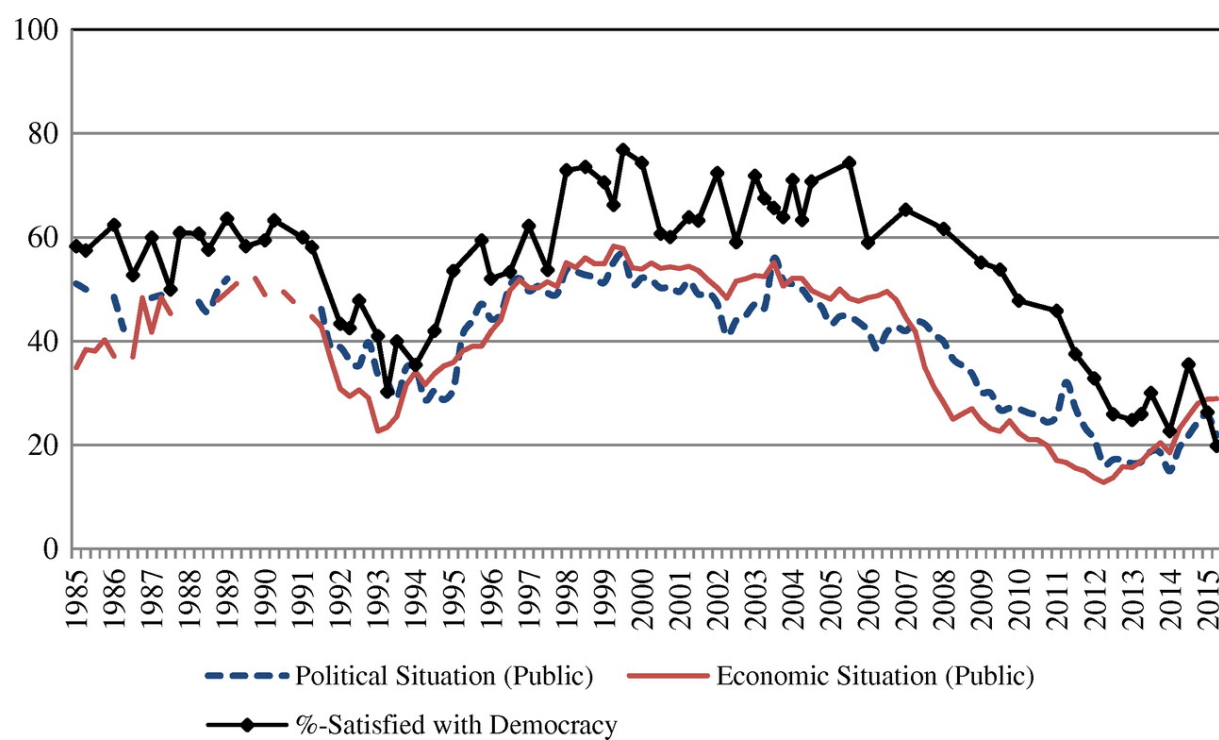
statista

ANEXO 4



Los valores para la satisfacción con la democracia son interpolados (línea); Los puntos muestran los valores observados. **Fuentes:** Eurobarómetro, Latinobarómetro, European Social Survey, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), CIUPANEL.

ANEXO 5



Medición Trimestral. Los valores para la satisfacción con la democracia son interpolados (línea); Los puntos muestran los valores observados. **Fuentes:** Eurobarómetro, Latinobarómetro, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), CIUPANEL